Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

Das iſt freilich, wenn auch ein weſentlicher, doch nur folgeweiſer Nutzen dem Hauptgrunde gegenüber, daß die Wahrheit vor der formellen Civilbeweistheorie ſich in einem Nothſtande befindet, welcher unabweislich der Abhülfe bedarf.

V.

Beiträge zur Lehre von dem Beweiſe fremder Rechte vor inländiſchen Gerichten.

Von

Herrn Dr. W. Langenbeck,

Docenten an der Univerſität Jena, früher hannov. Obergerichtsaſſeſſor.

Im 18. Bande dieſes Archivs befindet ſich ein Aufſatz über den Beweis fremder, vor einheimiſchen Gerichten zur Sprache kommender Rechte, an deſſen Schluſſe der Herr Verfaſſer den Wunſch ausgeſprochen hat, daß die von ihm behandelte Materie auch von Andern zum Gegenſtande einer juriſtiſchen Erörterung gemacht werden möge.

Dieſes verbunden mit dem Umſtande, daß im Laufe des ſeit dem Erſcheinen jenes Aufſatzes verfloſſenen mehr als zwanzigjährigen Zeitraums weder die Legislation noch die Doctrin für die Beantwortung der aufgeworfenen, bei dem erweiterten Verkehr der Bewohner Deutſchlands mit den entfernteſten Völkern noch viel wichtiger gewordenen Rechtsfrage etwas Erhebliches geſchaffen hat, veranlaßte den Schreiber dieſes, ſeine Anſichten und praktiſchen Erfahrungen über dieſelbe in einer zunächſt für einen beſondern, ihn perſönlich betreffenden Zweck beſtimmten Abhandlung „de principiis juris peregrini, quomodo probentur coram judice patriae in causis civilibus pp: Jenae MDCCCLVII“ zuſammenzuſtellen, deren Inhalt derſelbe in dieſem Aufſatze, freilich in weſentlich veränderter Form, auf den Wunſch des Herrn Verfaſſers jener ſchon vor mehr als zwanzig Jahren erſchienenen Abhandlung wiedergeben will. Dabei denkt er ſich, daß aus einer Vergleichung der letzten mit jener früher in dieſen Blättern veröffentlichten für den Leſer ein vermehrtes Intereſſe ſich ergeben

dürfte, hat den Stoff daher ähnlich, wie es in der frühern geſchehen, geordnet, und darf, ohne ſich über die bereits früher hervorgehobene Wichtigkeit der behandelten Rechtsmaterie weiter zu verbreiten, ſofort in die Sache ſelbſt hineingehen.

Eine bekannte proceſſualiſche Regel lautet: „facta probantur; jura novit curia"; ſo richtig dieſelbe an und für ſich auch ſein mag, ſo ſteht ſie in Anſehung des einheimiſchen Rechts gleichwohl ſchon nicht ausnahmslos da, und für das fremde Recht kann man ſie überall nicht anerkennen. Kenntniß des einheimiſchen [1]) Rechts iſt eine Amtspflicht des Richters, welche er mit Antretung des richterlichen Amtes übernommen hat, es wird im Staate zu dieſem überhaupt Niemand gelaſſen, von dem man nicht vorausſetzt, daß ihm jene Kenntniß genügend beiwohne [2]) und er die Vermehrung derſelben ſich zu allen Zeiten werde angelegen ſein laſſen. Daraus erwächſt dem Recht ſuchenden Publicum eine Garantie dafür, daß die mit dem Richteramte betrauten Perſonen die richtige Anwendung des inländiſchen Rechts nicht unterlaſſen werden, und die alſo öffentlich anerkannte Kenntniß deſſelben iſt keine Privatkunde des Richters, ſondern eine officielle, welche die Vermuthung ihrer Glaubwürdigkeit für ſich hat. In Anſehung fremder Rechte kommt dagegen in Betracht einmal die Unmöglichkeit, daß ſich der Richter Kunde von allen Rech-

---

1) Darunter iſt auch das „fremde recipirte Recht" begriffen; der Ausdruck „fremdes Recht" iſt auf alle vom ſog. gemeinen Rechte abweichenden Rechtsnormen zu beziehen, welche in einem in Frage ſtehenden Staate nicht gelten.

2) Heutigen Tags wird meiſtens verlangt, daß der anzuſtellende Richter in einer Staatsprüfung den Beweis ſeiner hinreichenden Kenntniß des Rechts ablege. Wo aber auch dergleichen nicht vorgeſchrieben wäre, würde ſich die Sache doch ganz ähnlich verhalten, denn da nach ausdrücklicher Beſtimmung des gemeinen Rechts der Richter vollſtändige Rechtskenntniß beſitzen ſoll, (conf. Nov. 82 pr. — J. R. A. §. 108.) ſo wird jedem angeſtellten Richter eben durch ſeine Beſtallung implicite das öffentliche Zeugniß genügender Vorbildung ertheilt. Immer alſo dürfen wir von ſeiner Rechtskenntniß ſagen, daß ſie einen officiellen Charakter an ſich trage.

ten, selbst der entferntesten Völker des Erdballs, verschaffe, und sodann der Umstand, daß sich seine amtliche Stellung auf das Ausland gar nicht bezieht[3]), daß er dessen Rechte folglich auch nicht zu kennen braucht, und nicht vermuthet werden darf, er habe dasjenige, was er von den Rechten des Auslandes etwa kennen sollte, richtig aufgefaßt und werde es richtig anwenden. Denn was er etwa in Erfahrung gebracht haben mag, ist seine bloße Privatkenntniß, kommt folglich bei Abgabe eines Urtheils so wenig in Betracht, als jedes anderweite Factum, von dem er zufällig privatim Kunde erhielt. Wie nämlich die Entstehung eines jeden Rechts, so auch ist das Bestehen fremder Gesetze und Gewohnheiten an und für sich als ein Factum[4]) anzusehen, und wie der Richter streitige Thatsachen ignoriren darf, so kann er auch dem, der das Vorhandensein fremder Rechtssätze behauptet, einen Beweis darüber auflegen[5]). Ja! er darf sich diesen nicht einmal selbst verschaffen, weil es Pflicht der behauptenden Partei ist, den Richter von den abseiten der Gegenpartei geleugneten Thatsachen, die er ignoriren darf, zu überzeugen[6]); und das

3) Conf. Puchta, Pandekten §. 113: „Wo es sich um die Möglichkeit einer Anwendung auswärtigen Rechts handelt, tritt ein neues Moment hinzu, daß der Richter nur das Recht seines eigenen Volks und Staats anzuwenden berufen ist, dieses Princip macht jede Beurtheilung eines Fremden nach dem Rechte seiner Heimath oder eines Inländers nach einem ihm fremden Rechte zu einer singulären Ausnahme".

4) Conf. Bayer, Civilprozeß, ed. 7. S. 398, A. — Gesterding, Ausbeute von Nachforschungen, B. 4. Abth. 2. S. 28. — v. Savigny, System I. 188.

5) Dagegen ist nicht anzuführen der Umstand, daß durch das Beweisen der Prozeß verzögert wird, nur die juristische Nothwendigkeit, nicht die Zweckmäßigkeit ist entscheidend. A. M. war nach Seuffert's Archiv oberstrichterl. Entscheidungen Bd. 2. Nr. 322 das Ob.-Appell.-Ger. zu Dresden.

6) Conf. §. 216 der hannov. Proceß-Ordnung von 1850. Weber, Verbindlichkeit zur Beweisführung S. 282. Es gibt zwar auch inländische Rechte, über welche der Richter auf Beweis interloquiren darf, die Gewohnheitsrechte, sofern sie nicht in dem Bezirke des Richters vorkommen und überdem aufgeschrieben sind. (cfr. Puchta a. a. O. §. 109, 1.) Diese soll der Richter ex officio zu erkunden alle Zeit bestrebt sein, wo ihm solches aber nicht gelingt, darf er darüber Beweis verlangen. (cfr. Mühlenbruch, doctr. pand. §. 39. v. Vangerow, Pand. §. 17. Anm. 3.)

officielle Feſtſtellen derſelben durch die ſog. Verhandlungsmaxime verboten wird.

Uebrigens wird doch niemals ein Richter über ein fremdes Recht Beweis auferlegen können,

1) wenn ſolches Recht nicht allegirt worden iſt,

2) wenn der Gegner des Allegirenden es zugeſteht,

3) wenn das allegirte Recht notoriſch genannt werden darf.

Dieſes erfordert zunächſt eine weitere Ausführung, weßhalb zu bemerken iſt:

ad 1. Das Erforderniß der Allegation fällt bei einheimiſchen Rechten weg, weil der Richter ohne von den Parteien darauf aufmerkſam gemacht zu ſein, ſelbſt wiſſen muß, was Rechtens und wonach zu entſcheiden ſei; dieſes den Parteien zu eröffnen, iſt ja gerade ſein Amt. Anders natürlich verhält ſich die Sache, wo er Rechte ignoriren darf, weßhalb unſere Rechtslehrer denn auch ſogar in Anſehung des inländiſchen Gewohnheitsrechts (mit Ausnahme des dem Bezirke des Richters angehörigen und aufgeſchriebenen) Allegation verlangen. Dieſes muß noch mehr gelten, wenn es auf fremdes Recht ankommt, und keineswegs können wir mit Brinckmann („Beweis des Gewohnheitsrechts Heidelberg 1847", Abtheilung I. S. 32. Note 1.) annehmen, daß die Allegation nicht nöthig ſei, wenn ſich aus den zur Beurtheilung vorliegenden Thatſachen erſehen läßt, daß auswärtige Rechte in der Entſcheidung zur Anwendung zu bringen; denn wenn dem Richter nicht ſchon die Nichtkenntniß des Daſeins frem-

---

Iſt nun letzteres geſchehen, ſo wird dadurch die officielle Thätigkeit des Richters dennoch nicht ausgeſchloſſen; (conf. die Abhandlung des Verfaſſers Band XL. Nr. 16 dieſes Archivs) anders iſt es beim Beweiſe fremden Rechts, weil er weder ex officio von dieſem Kenntniß zu erwerben braucht, noch dazu die Gelegenheit hat, welche ſich ihm in Anſehung des inländiſchen Gewohnheitsrechts bietet. Ob eine Gewohnheit als eine in einem fremden Lande rechtsverbindliche angeſehen werden könne, kann ohnehin der einheimiſche Richter gar nicht beurtheilen, (Conf. Mittermaier Bd. 18 des Archivs S. 77. Note 13.) weil er nicht weiß, was nach den Rechtsgrundſätzen des Auslands erforderlich iſt, damit eine Gewohnheit als verbindlicher Rechtsſatz angeſehen werde; wenigſtens ſeine desfallſige Privatkenntniß keinen öffentlichen, den Beweis überflüſſig machenden Glauben hat.

der Rechte zum Vorwurfe gereicht, und der Umſtand, daß er privatim davon Kenntniß erhielt, keine Berückſichtigung verdient, ſo iſt nicht zu erſehen, wie ſich für den Richter aus der Darlegung der bloßen Thatſachen die Nothwendigkeit der Anwendung fremden Rechts ergeben müßte, ſo lange die Vor- und Anträge der Parteien nicht erſehen laſſen, daß im Auslande von den inländiſchen Rechten abweichende Regeln überhaupt exiſtiren, und bevor nicht die Parteien (welche doch auf deren Anwendung verzichten können), durch Berufung auf ſie zu erkennen gegeben haben, daß ausnahmsweiſe an die Stelle des einheimiſchen Rechts fremdes treten ſolle. So lange die Parteien nicht auf dieſe ſinguläre Ausnahme provocirt haben, wird der Richter ſich unſers Erachtens nur an die regelmäßig Platz greifenden d. h. einheimiſchen Rechtsregeln halten müſſen.

ad 2. Das Weſen des gerichtlichen Geſtändniſſes beſteht darin, daß unter den Parteien Uebereinſtimmung in Anſehung eines zur Sprache gebrachten Umſtandes herrſcht[7]). Sobald der Richter das Vorhandenſein dieſer Uebereinſtimmung wahrnimmt, muß er den dadurch berührten Umſtand für juriſtiſch wahr annehmen; völlig unrichtig und gegen den Ausſpruch unſerer Geſetze[8]) würde es ſein, wenn er in ſolchen Fällen noch zweifeln und Beweis verlangen wollte. Dieſe Grundſätze auf das Vorhandenſein und die Anwendung fremder Rechte, in Anſehung deren die Parteien ſich einig ſind, zu beziehen, dürfte ganz in der Ordnung ſein. Kein Richter, und wäre er noch ſo engherzig, darf daran zweifeln, denn es handelt ſich nicht um Einführung eines für die Zukunft verbindlichen Rechtsſatzes, ſondern um einen ſolchen, von dem die Entſcheidung eines einzelnen, das Privatintereſſe betreffenden Rechtsſtreits unter gegenſeitiger Zuſtimmung der Parteien abhängig[9]) iſt.

---

7) Conf. Brackenhöft im Archiv für civil. Praxis. Bd. 20. S. 248 ff. — Hellfeld, jurisprud. forens. §. 1146. — Puchta, Pand. §. 97, b.

8) Conf. J. R. A. §. 50 zu Anfang.

9) Vgl. Mittermaier l. c. S. 75. — Schneider, Lehre vom Beweiſe §. 96 a. E. — Weber l. c. S. 81. Note 18. — S. auch des Verfaſſers Aufſatz über Feſtſtellung des Gewohnheitsrechts in dieſem Archiv. — L. 2 D. 42. 2.

ad 3. Daß Notoriſches eines Beweiſes nicht bedarf, iſt von unſern Geſetzen ausdrücklich anerkannt [10]). Wenn man in neuerer Zeit die Notorietät nicht im Prozeßrechte hat mehr anerkennen wollen, ſo verdient ſolches vollkommen den Tadel, welchen unſere bewährteſten Juriſten darüber ausgeſprochen haben [11]). Notoriſch iſt aber eine Thatſache (ſagt Puchta [12]), „von deren Wahrheit der Gegner überzeugt ſein muß, wenn er auf den Namen eines verſtändigen Mannes Anſpruch machen will, bei deren Ableugnung ihn alſo die Alternative einer böswilligen Chicane oder unverantwortlichen Ignoranz treffen würde". Von derartigen Thatſachen muß ſich auch der Richter überzeugt halten, vorausgeſetzt, daß ſie auch für ihn notoriſch ſind [13]). Nun aber ſind nicht bloß Thatſachen, ſondern auch Rechte notoriſch, d. h. das Factum ihrer Entſtehung, ihres Beſtehens iſt ein notoriſches. Freilich wird eine Notorietät der auswärtigen Rechte im Inlande ſehr ſelten ſein, aber unmöglich iſt ſie nicht. Man denke nur an ein Recht, wodurch die an der Grenze eines Nachbarſtaats, in dem es herrſcht, wohnenden Inländer in ihrem täglichen Verkehr mit dem benachbarten Staate berührt werden [14]).

Bei der Frage, ob und wie die Beweisauflage erforderlich werde, hat der Richter zunächſt ſich genau an die Parteivorträge zu halten. Der Inhalt des fremden Rechts muß daher mit ſol-

---

10) Ueber das Ganze verweiſet der Verfaſſer auf ſeine „dissertatio de notoriis, natura eorum et auctoritate in processu civili, Gottingae 1856. — Conf. c. 3 X de test. c. 8 X de coh. cleric.

11) z. B. Linde, Civilprozeß §. 254, 7. Aufl.

12) Conf. deſſen Gewohnh.-Recht, Bd. 2. S. 162.

13) Conf. v. Savigny, Syſtem I. S. 182.

14) So z. B. läßt ſich von manchen im Gebiete der Stadt Bremen herrſchenden Rechten ſagen, daß ſie bei den rings um das Gebiet wohnenden Hannoveranern notoriſch ſind. — Bei der Beurtheilung des einzelnen Falls ſollte freilich der Richter niemals die Worte des c. 14 X de appell. außer Acht laſſen. Dieſe hatte wohl das Ober-Appell.-Ger. in Lübeck in dem von Seuffert (Archiv Bd. 4. Nr. 82) mitgetheilten Falle nicht im Auge gehabt, als es ein notoriſches Recht aller Europäiſchen Staaten und Colonien annahm.

cher Deutlichkeit und Bestimmtheit angegeben sein, daß der Richter ermessen kann, ob seine Existenz überhaupt für den zur Entscheidung vorliegenden Fall relevant ist, widrigenfalls es überall nicht zum Beweisen kommen darf. In diesem Sinne wurde in einem von Seuffert (Archiv Bd. 2 S. 85) mitgetheilten Falle vom Ober-Appell.-Gerichte zu Lübeck entschieden. Am wenigsten aber genügt es, wenn die Partei bloß sagt, daß ihre Intention sich im Auslande des rechtlichen Beifalls zu erfreuen habe, es muß vielmehr Inhalt und Umfang des fremden Rechts detaillirt angegeben sein; läßt die Partei es in dieser Beziehung an etwas fehlen, so darf der Richter nach den Grundsätzen der Verhandlungsmaxime ihren Vortrag nicht ergänzen, weil er ihr auf solche Weise etwas in den Mund legte, was sie gar nicht gesagt hat. Ob indeß das in Bezug genommene Recht ein Gesetz oder Gewohnheitsrecht sei, darüber braucht die Partei vor der Beweisauflage sich noch nicht zu erklären, denn Gesetz und Gewohnheitsrecht haben gleiche Bedeutung für die Entscheidung des vorliegenden Falls[15]). Wir werden hierauf gleich wieder zurückkommen.

Will man eine allgemeine Regel für die Fassung des Beweisinterlocuts geben, so kann man sie etwa in derselben Weise aufstellen, wie man sie für die Normirung eines die Feststellung eines inländischen Gewohnheitsrechts bezielenden Beweises vorgeschlagen hat. Der Richter versetze sich in die Lage des Gesetzgebers und lege sich einfach die Frage vor, von welchem Inhalte ein Gesetz, und was in dieser Beziehung erforderlich und hinlänglich sein würde, wenn der streitige Fall nach dem Verlangen desser, der sich auf das fremde Recht beruft, entschieden werden sollte. Daß sich der Concipient des Beweissatzes dabei aller allgemeinen, eine mehrfache Auslegung zulassenden Ausdrücke und der sogenannten termini technici zu enthalten hat, ist bereits in dem mehrbesprochenen Aufsatze des 18. Bandes dieses Archivs so gründlich erörtert, daß hier nur daran erinnert werden mag. (Conf. S. 73 daselbst.)

---

15) Conf. Puchta, Pand. §. 13, N. p. — v. Savigny l. c. I. S. 150.
16) Conf. Gesterding l. c. Bd. 5. Abth. 2. S. 206.

Aus demſelben Grunde, der die allegirende Partei von der ſpeziellen Angabe des Rechts als eines auf öffentlicher Sanction oder Gewohnheit beruhenden befreiet, braucht auch der interloquirende Richter nicht zwiſchen Geſetz und Gewohnheitsrecht zu unterſcheiden. Nur unter beſondern Umſtänden würde dieſes erforderlich ſein, z. B. wenn Jemand behauptet hätte, daß ein an und für ſich unzweifelhaftes jus scriptum durch Gewohnheitsrecht verdrängt worden wäre.

Uebrigens muß das Beweisinterlocut eine genaue Angabe des Orts und der Zeit enthalten, an dem und zu welcher das zu beweiſende Recht ſoll gegolten haben oder noch gelten. Denn es kann in der That der Fall ſein, daß gegenwärtig zwar Rechtens iſt, was zu der Zeit es nicht war, auf die es bei der Entſcheidung der Streitſache ankommt, oder daß gerade von demjenigen Orte, der in Betracht kommt, ein anderes Recht gilt, als an andern Orten deſſelben fremden Landes. Wenn nun das Beweisinterlocut ſich nicht ganz genau über die in Frage kommende Zeit und Oertlichkeit ausläßt, ſo kann es kommen, daß der Beweisführer zwar buchſtäblich der Beweisauflage genügt, nichts deſtoweniger aber der Richter unaufgeklärt über dasjenige bleibt, was eben durch die Beweisführung ermittelt werden ſollte. Dies wird weiter unten noch weiter ausgeführt werden.

Bei der Beweisantretung hat der Producent, wenn es nicht etwa ſchon früher geſchehen ſein ſollte, ſich mit Beſtimmtheit über die Natur des behaupteten Rechts dahin zu erklären, daß der Richter und Product dadurch erfahren, ob Producent das allegirte Recht als ein Geſetz oder Gewohnheitsrecht betrachtet. Denn es beſteht ein großer Unterſchied in den Erforderniſſen und Umſtänden, aus denen die Exiſtenz der einen oder andern Art des Rechts erſichtlich wird, und eben auf dieſe Prämiſſen iſt die Beweisantretung zu richten.

Wenn aber bereits angeführt wurde, wie der Beweisſatz eine genaue Angabe der in Betracht kommenden Zeit und Oertlichkeit enthalten müſſe, ſo fragt ſich, ob auch die Beweisgründe und Beweismittel, welche der Producent bei der Beweisantretung

vorschlägt, so gewählt sein müssen, daß aus ihrer Anwendung ersichtlich wird, wie das in Frage stehende Recht nicht bloß entstanden sei, sondern auch bis auf die betreffende Zeit fortgedauert habe, und gerade an dem Orte geltendes Recht sei, auf den es ankommt. Hierauf kann nur eine verschiedene Fälle unterscheidende Antwort gegeben werden:

1. Wenn Jemand die Existenz eines Rechts überhaupt dargethan hat, braucht er regelmäßig dessen Fortdauer nicht zu beweisen, weil dafür eine Vermuthung streitet, welche zu beseitigen Sache seines Gegners ist. Diese im Einklang mit den Bestimmungen des römischen Rechts allgemein angenommene Regel über die Vertheilung der Beweislast[17]) gilt nicht bloß von Rechten im subjektiven, sondern sie paßt auch vollkommen auf das Recht im objektiven Sinne.

2. In Ansehung der Oertlichkeit müssen wir Gesetze und Gewohnheiten unterscheiden:

a) Steht nämlich nur fest, daß ein allgemein, ohne Einschränkung auf bestimmte Orte oder Gegenden redendes Gesetz gegeben worden ist, so läßt sich auch nur annehmen, daß es allen Bürgern im Staate, mögen sie wohnen, wo sie wollen, gegeben worden sei. Mehr braucht also der Producent nicht nachzuweisen, als daß ein Gesetz, aus welchem der in Frage stehende Rechtssatz sich ergibt, existire, vorausgesetzt, daß aus ihm nicht hervorgeht, daß es sich nur auf andere als die in Betracht kommende Oertlichkeit bezieht; behauptet nun der Gegner, daß dennoch ausnahmsweise dasselbe für letztere keine Geltung habe, so hat er dieses darzuthun.

b) In Ansehung des Gewohnheitsrechts verhält sich die Sache ganz anders: da dessen Existenz durch die Ueberzeugung des Volks (oder einer Abtheilung desselben) von der rechtlichen Nothwendigkeit einer Norm bedingt ist, und diese Ueberzeugung an verschiedenen Orten eines und desselben Landes oft höchst

---

17) Conf. v. Bethmann-Hollweg, Versuche über Civilproceß S. 346. — Bayer l. c. S. 427. — Mittermaier l. c. S. 74. — Glück, Commentar Bd. 1. S. 135. — L. 12. 22. 25. §. 2 D. de prob. L. 1. L. 12. 16. C. de prob. Nov. 90. c. 6.

verſchieden iſt, ſo darf man nie präſumiren, daß eine überhaupt an irgend einem Orte oder in irgend einer Gegend eines Landes erweislich beſtehende rechtliche Anſicht von allen Bewohnern dieſes Landes getheilt werde. Der Beweisführer muß daher ſeine Beweisantretung auf ſolche Momente richten, aus denen ſich entnehmen läßt, daß das zu beweiſende Recht gerade an dem in Betracht kommenden Orte im Auslande Geltung habe.

Aus der vorſtehenden Erörterung ſcheint (theilweiſe wenigſtens) auf den erſten Anblick zu folgen, als wäre das, was oben von der mit ſpecieller Berückſichtigung der Zeit und Oertlichkeit vorzunehmenden Faſſung des Beweisſatzes geſagt iſt, überflüſſig; allein dem iſt keineswegs ſo. Jene Faſſung des Interlocuts wurde nur deßhalb als erforderlich bezeichnet, damit dem Beweisführer die Möglichkeit genommen ſei, durch Nachweis eines anderswo, als an dem in Frage ſtehenden Orte, im Auslande geltenden, oder erſt nach der in Betracht kommenden Zeit entſtandenen Rechts dem Buchſtaben des Beweisthemas zu genügen, während trotzdem die Wahrheit doch nicht ermittelt und dem Producten obendrein die Gelegenheit benommen ſein würde, das Beweisreſultat gegenbeweislich zu elidiren [18]). Dieſe Unregelmäßigkeiten werden vermieden, wenn man ſich an die oben für die Faſſung des Beweisſatzes gegebene Regel hält.

---

18) Angenommen, Jemand hätte ein Recht allegirt, welches vor drei Jahren im Auslande gegolten haben ſoll, damals in der That nicht galt, wohl aber jetzt daſelbſt Geltung hat. Würde in dieſem Falle dem Allegirenden ein Beweis dahin auferlegt, „daß das fragliche Recht im Auslande Geltung habe", ſo wäre es möglich, daß der Beweispflichtige durch den Text eines ſpäter gegebenen Geſetzes buchſtäblich dem Beweisſatze genügte, und dieſen Beweis könnte der Gegner dadurch nicht einmal elidiren, daß er nachwieſe, wie dieſes Geſetz erſt ſpäter entſtanden ſei.

Oder geſetzt, es wäre vor einem Weimar'ſchen Gerichte die Frage von einem in der Stadt Göttingen geltenden Rechte, der Richter hätte aber überhaupt dahin interloquirt, daß ein Recht, wie das allegirte, im Königreich Hannover beſtehe, ohne auf die erwähnte Stadt ſpecielle Rückſicht zu nehmen, ſo würde man den Beweis für geführt annehmen müſſen, ſobald der Beweispflichtige gezeigt hätte, daß das fragliche Recht an irgend einem Orte im Hannover'ſchen exiſtire; dagegen hälfe dem Producten nicht der Gegenbeweis, daß jenes Recht in Göttingen keine Geltung habe.

Nach diesen allgemeinen Betrachtungen wird es zweckmäßig sein, die nunmehr folgenden Erörterungen über die Beweisantretung und namentlich über die vorzuschlagenden Beweismittel in zwei Theile zu zerlegen, so daß das gesetzliche und das Gewohnheitsrecht besonders besprochen wird.

Ein Gesetz erfordert bekanntlich zu seiner Verbindungskraft eine vorgängige Publication[19]). Man fragt daher billig, ob derjenige, welcher ein fremdes Gesetz beweisen soll, die Beweisantretung auf die erfolgte Publication mit zu richten habe?

In Ansehung einheimischer Gesetze hat man diese Frage meistens verneint. Allein dasjenige dafür angeführte Argument, welches allein richtig sein könnte, daß nämlich der Richter von Amtswegen sich sowohl von dem gesetzlichen Rechte überhaupt als von der Vorbedingung seiner Geltung, der geschehenen Veröffentlichung, Wissenschaft erwerben müsse, paßt für die Beantwortung der auf fremdes Recht gerichteten Frage nicht[20]).

Unter diesen Umständen muß man allerdings behaupten, daß

---

19) Conf. Glück l. c. §. 129. — Hellfeld l, c. §. 19.

20) Die von Leyser aufgestellte Behauptung, daß für die Publication stets eine Vermuthung streite, hat dieser Jurist später selbst zurückgenommen. (Vergl. dessen meditationes ad pand. tom. 12. suppl. I. spec. 7. mit tom. 1. spec. 7. §. 2.) Eine Vermuthung hat man ferner unter gewissen Umständen annehmen wollen, nämlich dann, wenn feststeht, daß nach einer aufgeschriebenen Rechtsregel, deren Publication nicht gewiß ist, lange Zeit verfahren wurde, oder wenn eine solche in die Sammlung der Landesgesetze aufgenommen ist. Aber beides ist unrichtig. Denn wenn im ersteren Falle zwar nicht geleugnet werden mag, daß die Regel für eine allgemein verbindliche zu halten, so wird sie doch immer nur als gewohnheitsrechtliche dafür gelten können; im zweiten Falle würde aus der bloßen Aufnahme in die Sammlung der Landesgesetze die Verbindungskraft nur dann folgen, wenn die gesetzgebende Gewalt ausdrücklich diese durch eine öffentliche Erklärung allen recipirten Bestimmungen beigelegt hätte, und dann läge hierin eine Publication, welche also nicht vermuthet würde, und sich auch nur für die Zeit nach jener öffentlichen Sanction wirksam äußern könnte. — Vergleiche Zachariä, deutsch. Staats- und Bundesrecht II, S. 127. — Pfeiffers practische Ausführungen tom. VI. S. 174.

die Beweisantretung ſich auch auf die erfolgte Publication zu erſtrecken habe. Möglich wäre es freilich, daß die Rechte eines fremden Landes die Publication nicht zur Gültigkeit eines Geſetzes verlangten [21]). Darum könnte denn ein Beweis dieſes Umſtandes, wenn die Beweisantretung darauf gerichtet würde, den Nachweis der Publication erſetzen.

Wie ſoll aber, abgeſehen von der Publication ein fremdes Geſetz dem Richter nachgewieſen werden? Dieſe Frage gehört zu den allerwichtigſten, und erfordert für ihre Beantwortung eine umſtändliche Erörterung.

Man hat meiſtens angenommen, daß der Beweis nur durch die Vorlage des Textes geführt werden könne [22]), und dafür angeführt,

1) daß es überall keinen andern Beweis gebe, der den Richter ſo vollkommen von dem Vorhandenſein des fremden Geſetzes überzeuge,

2) daß namentlich der Beweis durch Zeugen ſtets unſicher und trügeriſch ſei,

3) daß ohne Zweifel dem Richter die Befugniß der Interpretation des fremden Geſetzes zugeſtanden werden müſſe, und der Richter die Vorlage des Textes verlangen dürfe, weil es bei der Interpretation weſentlich darauf ankomme, die Worte des Textes vor Augen zu haben, und alle Ausdrücke deſſelben zu vergleichen,

4) daß auch die Textesvorlage ſich unſchwer beſchaffen laſſe.

Allein es wird ſich zeigen laſſen, daß dieſe ſämmtlichen Argumente nicht haltbar ſind, wie folgende Bemerkungen ergeben dürften:

ad 1. Der Umſtand, daß ein Beweismittel den Richter materiell vollſtändiger zu überzeugen vermag als ein anderes, dürfte nicht genügen, um das in geringerem Grade überzeugende zu verwerfen, es ſei denn, daß eine geſetzliche Vorſchrift oder die

---

21) So unnatürlich ſolches auch wäre, ſo kann es doch nicht als etwas Unerhörtes betrachtet werden. Dieſes ſehen wir aus den Beſtimmungen des römiſchen Rechts. Conf. Mühlenbruch, Pandekten §. 34 z. A. L. 1. §. 1. D. 1, 4.

22) Conf. Mittermaier l. c. S. 76.

Natur der Sache der Zulaſſung des letztern im Wege ſtände. So wird z. B. ſich nicht verkennen laſſen, daß ein urkundlich errichtetes Geſchäft ſowohl durch Eidesdelation als durch Produktion der darüber aufgenommenen Schrift bewieſen werden kann, obwohl ſich nicht bezweifeln läßt, daß der Richter durch Einſicht der Urkunde (vorausgeſetzt ihre Aechtheit und Anerkennung) beſſer von dem fraglichen Geſchäfte überzeugt wird, als dadurch, daß darüber ein Eid geſchworen wird.

Uebrigens ſagt kein Geſetz, daß fremde Rechte nur durch Vorlage des Textes bewieſen werden können, und ebenſowenig verbietet die Natur der Sache andere Beweismittel anzuwenden. Wenn z. B. claſſiſche Zeugen und Sachverſtändige den Inhalt des Geſetzes umſtändlich verſichern, vielleicht noch obendrein Urtheilsſprüche anführen, durch welche daſſelbe beſtätigt wird, ſo iſt wahrlich nicht zu erſehen, weßhalb der Richter ſolchen Depoſitionen weniger Glauben beimeſſen ſollte, als wenn Perſonen auf den Vorſchlag des Beweisführers ausſagen, daß dieſes oder jenes zwiſchen zwei Parteien mündlich vereinbart worden, oder der Inhalt eines mündlich errichteten Teſtaments ſei.

ad 2. Die Behauptung nämlich, daß dergleichen Depoſitionen, welche die über das Geſetz zu vernehmenden Perſonen[23]) machen, ſtets trügeriſch und ungewiß ſeien, kann nicht gerechtfertigt werden. Man hat für ſolche Behauptung angeführt, daß der gemeine Mann, welcher keine wiſſenſchaftliche Bildung, keine juriſtiſchen Kenntniſſe beſitze, nicht für fähig gehalten werden könne, den Inhalt eines geleſenen Geſetzes richtig aufzufaſſen und im Gedächtniſſe aufzubewahren[24]). Allein dieſes Argument dürfte durch unſere Geſetze widerlegt werden, welche vorſchreiben, daß Jedermann ſich den Inhalt der öffentlich ſanctionirten geſchriebenen Rechte bei ſeiner Handlungsweiſe ſoll zur Richtſchnur dienen laſſen[25]). Die Geſetze könnten ſolches unmöglich verlangen, wenn ſie nicht vorausſetzten, daß Jedermann, auch ohne wiſſenſchaftliche Bildung und juriſtiſche Kenntniſſe, ihren Inhalt richtig

23) Ob ſie Zeugen zu nennen ſeien, wird ſpäter unterſucht werden.
24) Conf. Mittermaier l. c. S. 76.
25) Conf. L. 9. C. de leg. — L. 12. C. 1. 18.

verſtehen und für die Dauer ſich merken könne. Freilich gibt es Geſetze, welche ſo dunkel und ſcheinbar im Widerſpruche mit ſich ſelbſt redend verfaßt ſind, daß oft der Juriſt von Profeſſion die bei ihrer Auslegung ſich erhebenden Schwierigkeiten nicht zu beſeitigen vermag; aber die Faſſung ſolcher Geſetze iſt eine ungehörige, mangelhafte. Häufiger dagegen und regelmäßig läßt ſich der Sinn und die Bedeutung der Geſetze auch von gewöhnlichen Menſchen, wenn ſie nur gehörig nachdenken wollen, vollkommen richtig auffaſſen. Mag es auch nur wenige Menſchen geben, die einen geleſenen längern Geſetzestext nach einiger Zeit noch wieder berichten können, ſo iſt dennoch kein Zweifel, daß ſie den Inhalt kürzerer geſetzlicher Vorſchriften (und in welchem Lande gäbe es ſolche nicht!) wenn auch nicht wörtlich, ſo doch jedenfalls mit ſolcher Beſtimmtheit referiren können, daß ſie dem Richter die zur Entſcheidung eines Rechtsfalls nöthige Aufklärung geben, beſonders wo es ſich um Beſtimmungen handelt, welche in den täglichen Verkehr, das Privatintereſſe der darüber zu vernehmenden Perſonen einſchlagen, ſo daß ſich annehmen läßt, daß ſie dergleichen Vorſchriften der Geſetze mit Aufmerkſamkeit und Eifer ſtudirt und ſie mehrfach geleſen haben.

Von dem Gewiſſen der abzuhörenden Perſonen hängt es ab, zu entſcheiden, ob und mit welcher Beſtimmtheit ſie über die Exiſtenz geſetzlicher Vorſchriften auszuſagen ſich getrauen dürfen. Freilich wird durch ihre Depoſitionen nicht ſelten der Grund zu Irrthümern und verkehrten Entſcheidungen gegeben, indeß dieſes kommt eben ſo oft vor, wo Perſonen unbedachtſam etwas bezeugen, oder Sachverſtändige ein ſchlecht oder gar nicht motivirtes, dennoch aber ganz beſtimmt lautendes Gutachten in Sachen abgeben, die ſehr zweifelhaft ſind.

ad 3. So wenig man dem Richter die Befugniß, das fremde Geſetz zu interpretiren, abſprechen kann, ebenſowenig darf man hieraus einen Grund zu der Annahme herleiten, daß der Richter nur durch Vorlage des Textes von dem Inhalte und Umfange des Geſetzes überzeugt werden könne[26]). Die Sache ſteht hier

26) „Urkunden, ſagt Puchta (Pandekten §. 15 t. A.) ſind vornehmſte Erkenntnißquelle des geſetzlichen Rechts, aber nicht die einzige".

nicht anders, als wo es sich um den Beweis schriftlich geschlossener Verträge handelt. Auch deren Interpretation steht dem Richter unzweifelhaft zu, sie ist auch oft ebenso schwierig als die der Gesetze, dennoch behauptet niemand, daß die Vorlage der Urkunde das einzige Mittel sei, den Richter vom Inhalte und Umfange der Verträge zu überzeugen.

ad 4. Die Behauptung, daß sich die Vorlage des Textes eines Gesetzes leicht bewerkstelligen lasse, würde an und für sich keinen Ausschlag geben können, denn bei der Frage, ob ein Beweismittel zulässig oder nöthig sei, kommt nichts darauf an, ob es sich leicht herbeischaffen läßt oder nicht. Abgesehen ganz hiervon, ist jene Behauptung in der Uneingeschränktheit, mit der man sie aufgestellt hat, wenigstens nicht richtig. Es kommen wahrlich Fälle vor, da Jemand mit der größten Mühe sich nicht einmal eine beglaubigte Abschrift des Textes zu verschaffen vermag, wie solches dem Schreiber dieses aus eigener practischer Erfahrung bekannt ist. In einem Rechtsstreite, der vor einem hannoverschen Gerichte geführt wurde, hatte sich eine Partei auf ein angeblich vom Erzbischof Gerhard III. im 15. Jahrhundert für einen Theil des jetzigen Herzogthums Bremen gegebenes Gesetz berufen, dessen Inhalt die zuverlässigsten hannoverschen Geschichtschreiber auszugsweise mittheilen. Der Gegner des Allegirenden widersprach, und das Gericht verlangte Vorlage des Textes. Der Senat der Stadt Bremen erklärte jedoch in Uebereinstimmung mit dem hannoverschen Archivar in Stade, daß dem Gesuche um Edition des Originals oder Ausstellung einer beglaubigten Abschrift desselben nicht deferirt werden könne, weil man vergeblich nach jenem Texte, von dem man indeß nicht zweifle, daß er vorhanden gewesen oder vielleicht noch existire, in den Archiven gesucht habe. Dieser Fall ereignete sich in zwei deutschen Nachbarländern, die ehemals unter einer Regierung vereint waren; um wie viel schwerer dürfte es halten, den Text alter aus fernen, namentlich außereuropäischen Ländern zu bekommen!

Nur einen Fall kann man annehmen, in welchem die Vorlage des Textes unabweislich nöthig wird: wenn nämlich die Parteien sich gerade um die Interpretation des Textes streiten, so kann der Richter (abgesehen von der Usual-Interpretation

und ſog. authentiſcher) nicht wohl eine Entſcheidung abgeben, ohne den Text vor Augen zu haben.

Da dem Geſagte nach anzunehmen ſein wird, daß andere Beweisarten als lediglich die Vorlage des Textes vom Beweiſe eines fremden Geſetzes nicht ausgeſchloſſen ſind, ſo iſt es nunmehr nöthig, über die verſchiedenen zuläſſigen Beweismittel weiter zu ſprechen:

I. Wenn gleich bereits gezeigt worden iſt, daß durch Depoſitionen zu vernehmender Perſonen ein fremdes Geſetz zur Gewißheit gebracht werden kann, ſo fragt ſich vorerſt, ob der Beweisführer ſolche in ſeiner Beweisantretung als Zeugen oder als Sachverſtändige in Vorſchlag bringen ſoll?

Man muß einerſeits in Betracht ziehen, daß dieſe Perſonen nicht einfach zu berichten haben, was ſie mit ihren Sinnen wahrgenommen haben, daß ſie vielmehr erſt die Bedeutung der mit den Augen erfaßten Schriftzeichen ſich vergegenwärtigen und durch ihr Urtheil bei ſich feſtſtellen müſſen, bevor ſie Ausſage über ein geleſenes Geſetz machen können. Sie können hierzu aber meiſtens nur durch Schlüſſe gelangen, namentlich wenn das Geſetz dunkel und ſchwer verſtändlich iſt, und es rechtfertigt ſich aus dieſem Geſichtspunkte betrachtet die Behauptung, daß die abzuhörenden Perſonen als Sachverſtändige vom Beweisführer zu benominiren ſeien.

Anderntheils darf man nicht überſehen, daß Perſonen, welche über Geleſenes Mittheilung machen ſollen, ſich in ähnlicher Lage befinden wie diejenigen, welche berichten ſollen, was ſie aus mündlicher Aeußerung Anderer vernommen haben. Die Schrift erſetzt ja die mündliche Erklärung, beide dienen zur Mittheilung der Gedanken, und darauf, daß die Mittheilung mit verſchiedenen Sinnen aufgefaßt wird, kommt an und für ſich in Anſehung der vorliegenden Frage wohl nichts an. Uebrigens muß ja auch der, welcher eine angehörte Mittheilung wiedergeben will, erſt mit ſich über das Reſultat deſſen, was er mit dem Gehörſinn aufgefaßt hat, zu Rathe gehn[27]; überhaupt geht einer jeden Ausſage

27) Wer einen ſchwer verſtändlichen Contract geleſen, hat gleich ſehr über deſſen Sinn nachzudenken, bevor er den Inhalt Andern mittheilen kann, als derjenige, welchem der Contract vorgeleſen iſt.

über sinnlich Wahrgenommenes eine, wenn auch noch so kurze und unbewußte geistige Betrachtung vorher. In Erwägung dieser Umstände, und weil man nicht ansteht, den über mündliche Aeußerungen Referirenden als Zeugen zu bezeichnen, kann behauptet werden, daß auch derjenige, welcher über ein gelesenes Gesetz aussagen soll, nicht lediglich als Sachverständiger, sondern zugleich in der Rolle eines Zeugen erscheine.

Ueberhaupt lassen sich, wie ein Blick in die Praxis zeigen mag, Zeugen und Sachverständige oft gar nicht genau unterscheiden. Das römische Recht unterscheidet daher die Sachverständigen auch nicht von Zeugen (ausgenommen wo erstere als arbitri erscheinen), ältere deutsche Proceßordnungen und selbst neuere Gesetze machen ebenfalls diesen Unterschied nicht, ebensowenig die Gerichte in ihren Urtheilen. (Conf. Mittermaier im 2. Bande dieses Archivs S. 119. — §. 25 der hannov. Notariatsordnung v. 1853. — Vergl. des Verfassers Abhandlung: de principiis juris peregrini pp. S. 28. Note 32. — Seuffert's Archiv oberstrichterlicher Entscheidungen theilt Beispiele von Aussprüchen der Ober-Appell.-Gerichte zu Cassel [Bd. 3. Nr. 213. Bd. 7. Nr. 345] und Lübeck [Bd. VIII, 118. 119]) mit, in denen anerkannt wurde, daß es „Thatsachen gibt, welche Zeugen nur insofern zu begreifen vermögen, als sie zugleich sonst erfahrene Männer sind, oder welche sie nur nach dem Totaleindruck, den das Ganze macht, auffassen“ [28]), die deßhalb denn

28) Dieses paßt namentlich auf Personen, welche den Inhalt von gelesenen Gesetzen angeben, ohne die ausdrücklichen Worte zu referiren; Juristen i. e. S. brauchen sie nicht zu sein, um sacherfahrene Männer genannt zu werden. Sehr gut ist dieses in dem Bd. 7. Nr. 118 mitgetheilten Urtheile ausgesprochen: „Es ist zu weit gegangen, wenn hin und wieder der Zeuge bloß auf die specielle Angabe einzelner mit seinen Sinnen wahrgenommener Thatsachen eingeschränkt und ihm schlechterdings kein Urtheil eingeräumt wird. Sehr oft ist der Fall, daß Jemand zur Kenntniß einer Thatsache und namentlich eines gewissen Rechtsverhältnisses nicht durch einzelne Wahrnehmungen gelangt, sondern durch eine Reihe von Wahrnehmungen, die nicht immer mit allen kleinen concurrirenden Umständen detaillirt werden, oft nicht so speciell im Gedächtnisse behalten werden können; wiewohl doch das Ganze zusammen dem Zeugen die völlige Gewißheit über die

auch „sachkundige Zeugen" in einem jener Urtheile genannt sind. S. auch Schneider, Lehre v. Beweise §. 177. — Magazin für Hannov. Recht v. Gräfe u. A. Bd. 3. Heft 1. S. 274.)

Wer also durch Depositionen abzuhörender Personen ein fremdes Gesetz nachweisen will, wird solche als Zeugen und Sachverständige zu denominiren haben.

Genügen aber die Aussagen zweier oder überhaupt wie vieler Zeugen zu einem vollständigen Beweise? In einem allgemein anwendbaren Ausspruche läßt sich diese Frage wohl nicht beantworten. Der Richter muß auf die Persönlichkeit des Abgehörten, auf seine geistigen Anlagen und Ausbildung sehen, durch seine Nachforschungen den mehr oder minder großen Umfang des gelesenen Gesetzes festzustellen suchen, darnach die Wahrscheinlichkeit des richtigen Verständnisses und der treuen Erinnerung an das Gelesene beurtheilen, die das Lesen begleitenden einzelnen Umstände zu erforschen suchen und danach erwägen, ob ein Gesetz einmal oder öfter, ob zufällig oder zu einem besondern und zu welchem Zwecke gelesen worden ist. Auch darauf ist Gewicht zu legen, wie lange die befragte Person im Auslande gelebt hat, und ob es sich um ein Gesetz handelt, durch welches die Privatinteressen des Befragten besonders berührt werden, oder welches in das tägliche Leben einschlägt. Je nach dem Ergebnisse der Beurtheilung dieser sämmtlichen und noch anderer nach Lage der Sache zu berücksichtigenden Momente wird der Grad der den Aussagen zweier oder mehrerer Zeugen beizumessenden Glaubwürdigkeit festgestellt werden müssen.

Daß die abzuhörenden Personen nicht vom Juristenstande zu sein brauchen, ist wohl kaum zu bemerken nöthig. Sind sie aber Rechtsgelehrte von Profession, so darf auf ihre Angaben regelmäßig wohl mehr Gewicht gelegt werden als auf die Depo-

---

Beschaffenheit des — — Rechtsverhältnisses gibt, und er sich dessen ganz bestimmt zu erinnern im Stande ist. In solchem Falle darf der Richter kein Bedenken tragen, der Ueberzeugung und dem Urtheile des Zeugen zu folgen, sobald nur das Rechtsverhältniß — — ein solches ist, was in die Fassungskraft des Zeugen fällt". pp.

sitionen Anderer, denn da Gesetze hin und wieder dunkel und schwer verständlich sind, so dürfen die zur Interpretation unter Umständen erforderlichen Kenntnisse vorzugsweise den Fachmännern zugetrauet und ein größeres Interesse und Bekanntsein mit dem Gesetze bei ihnen vorausgesetzt werden.

II. Was den Beweis der fremden Gesetze durch vorzulegende Urkunden anlangt, so mag zunächst noch einiges über die Beschaffenheit der Exemplare des Textes eines Gesetzes gesagt werden:

Vorlage des Originals ist zwar nicht erforderlich, sondern es genügt gemeinrechtlich auch eine vidimirte Copie[29]). Wenn aber auch ein Original producirt wird, so muß vor allen Dingen dennoch dessen Aechtheit außer Zweifel gesetzt sein. Denn es wird immer häufiger, daß Privatpersonen besondere Abdrücke einzelner in das tägliche Leben einschlagender Gesetze oder ganze Sammlungen von Landesgesetzen veranstalten[30]) und verbreiten, und in diesen finden sich häufig erhebliche Errata. Auch wäre der Fall einer absichtlichen Fälschung gar nicht undenkbar, und dergleichen läßt sich gerade bei Drucksachen, wenn man die Form der officiellen Gesetzblätter beibehält, sehr leicht einschwärzen, ohne daß es entdeckt wird. Deßhalb muß die vorzulegende Urkunde das Attest einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person an sich tragen, daß der Inhalt der Urkunde wörtlich mit dem officiellen Gesetzexemplare übereinstimmen[31]). Dagegen heißt es zu

29) Weitläuftig und unter Anführung bestätigender Stellen des römischen Rechts nachgewiesen, von Spangenberg, Urkundenbeweis, II. S. 11. 25. 69. Desgl. im 2. Bande des Archivs S. 102 pp.

30) Dergleichen finden sich zahlreich im Königreiche Hannover, wo es vielleicht mehr Exemplare der Hagemann'schen, Spangenberg'schen und Ebhard'schen Gesetzsammlung als der officiellen, und viele privatim besorgten Abdrücke einzelner Gesetze, z. B. der Unt.-Ger.-Ordnung v. 1827, des Criminalgesetzbuchs, der bürgerlichen und Strafproceßordnung von 1850 u. s. w. gibt.

31) Deßhalb kann es wohl nicht gebilligt werden, wenn das Ober-Appell.-Ger. in Cassel, „ohne den Beweis des rechtlichen Bestehens der einschlagenden Vorschrift des preußischen Rechts zu fordern, von denselben auf Grund dieser durch den Druck auch im Auslande bekannt gewordenen Gesetzgebung Kenntniß" nahm und einen Rechtsfall danach entschied. (Vergl.

weit gehen, wenn manche Rechtslehrer verlangt haben, das beizufügende Atteſt der öffentlichen Perſon ſolle erklären, daß in dem fraglichen vorzulegenden Texte das „gegenwärtig und an dem in Rede ſtehenden Orte geltende Recht enthalten ſei". Denn wenn nur die Uebereinſtimmung des Inhalts mit dem officiellen Texte feſtſteht, muß nach dem, was oben auseinandergeſetzt wurde, angenommen werden, daß das aus dem Texte ſich ergebende Recht bis dahin gedauert reſp. da Geltung habe, wo es nach des Producenten Behauptung gelten ſoll, ſo daß der Product ein etwaiges Gegentheil nachzuweiſen haben wird.

Welche Perſonen ſind aber als ſolche anzuſehen, die das fragliche Atteſt zu ertheilen competent gehalten werden dürfen?

Richterliche Behörden haben dieſe Competenz in Anſehung aller Juſtizſachen und — vorausgeſetzt die Publication der betr. geſetzlichen Vorſchrift — auch der Verwaltungsſachen[32]), denn der Richter ſoll das geſchriebene Recht in ſeinem ganzen Umfange kennen[33]). Verwaltungsbehörden ſind nur competent in Anſehung der in ihr Reſſort einſchlagenden Sachen, denn es gibt manche Länder, in denen keine Rechtskenntniß von ihnen verlangt wird. Und da auch dieſes hin und wieder von Notarien[34]) gilt, ſo darf man auf deren Atteſte ebenfalls nicht entſcheidendes Gewicht legen.

Weil aber die Unterſchriften und Siegel der atteſtirenden

Seuffert's Archiv, Bd. 8. Nr. 226.) Denn daß das ihm vorliegende Geſetzexemplar, wenn es auch die officielle Form haben mochte, ein ächtes ſei, wußte das erkennende Gericht mit juriſtiſcher Gewißheit wenigſtens nicht. Es kommt noch hinzu, was ſpäter vorgetragen werden wird, daß ein Richter, wenn nicht öffentlich anerkannt iſt, daß er aller Beſtimmungen des fremden Rechts vollkommen kundig iſt, ohne Mitwirkung der Partei keine Beſtimmung deſſelben feſtſtellen kann, weil er nicht weiß, ob die einſchlagende Beſtimmung nicht ſpäter verändert iſt. Bei Mitwirkung der Parteien, hat der Product Gelegenheit, hieran zu erinnern, und ſpätere Abweichungen nachzuweiſen.

32) Z. B. der Steuererhebung, Ablöſung von Grundlaſten, Deich-, Wege- und Bergbauangelegenheiten, Theilung der Gemeindegüter ꝛc.

33) Vergl. darüber Mittermaier im 18. Bande dieſes Archivs Seite 83.

34) Z. B. im Freiſtaate Bremen gibt es Notare, die keine ſtudirte Leute ſind und kein Richter- oder Advokatenexamen gemacht haben.

ausländiſchen Perſonen im Inlande nicht notoriſch ſind, und der inländiſche Richter die Competenz der Ausſteller der Atteſte nicht kennt, ſo muß noch ein anderes beweiſendes Moment hinzukommen, wodurch der einheimiſche Richter von der Competenz des Ausſtellers wie von der Aechtheit der Unterſchrift und Siegel[35]) überzeugt wird. Dazu dienen die Atteſte der Geſandten, Geſchäftsträger, Conſuln und anderer Vertreter des Inlands im Auslande, oder jenes in dieſem[36]).

Es iſt übrigens noch zu unterſuchen, ob die Geſetzestexte die einzigen Urkunden ſind, welche für den Beweis der Geſetze tauglich zu erachten ſind.

Auch richterliche Urtheile und Verfügungen ausländiſcher Behörden überhaupt dürfen als dazu qualificirt angeſehen werden, wenn ſie das Vorhandenſein des zu beweiſenden geſetzlichen Rechts beſtätigen, nur muß des letztern darin ſo genau, umſtändlich und deutlich Erwähnung geſchehen ſein, daß der Richter den Inhalt des Rechts, ſo weit er ihn für die Entſcheidung zu kennen braucht, genügend daraus entnehmen kann. In einem ſolchen Falle hat das, was das ausländiſche Gericht oder die ſonſtige fremde Behörde von dem fraglichen Rechte in der Verfügung geſagt hat, die Natur eines Zeugniſſes und Gutachtens, denn die Perſon, von der die Verfügung ausgeht, bezeugt was ſie geleſen hat, und gibt ein Urtheil über Bedeutung und Anwendung des Geleſenen. Die Sache liegt ebenſo, als wenn Privatperſonen über geleſene Geſetze Auskunft geben, nur mit dem Unterſchiede, daß ein Ur-

35) Conf. die hannoverſche Miniſterialbekanntmachung vom 24. April 1843.

36) Das Ober-Appell.-Ger. zu Caſſel nahm (nach Strippelmanns Sammlung Thl. 4. Abth. 2. S. 103) in einem Falle, wo es ſich darum fragte, ob eine gewiſſe Form der Beglaubigung einer Proceßvollmacht durch Friedensrichter in Nordamericaniſchen Freiſtaaten eine dort übliche ſei, an, daß die von einem Nordamericaniſchen Geſandten bei einem der Europäiſchen Höfe ausgeſtellte Beſcheinigung als zu dieſem Zwecke genügend erſcheine, weil Geſandte eines Staats an auswärtigen Höfen nach ihrer amtlichen Stellung und, da vermöge derſelben Urkunden dieſer Art öfters zu ihrer Einſicht kommen, dazu geeignet erſcheinen, über einen in dem von ihnen vertretenen Lande hinſichtlich der Abfaſſung ſolcher öffentlicher Urkunden beſtehenden Gerichtsgebrauch Auskunft zu geben.

theil der Behörden mehr Glaubwürdigkeit hat[37]), und in deren Ausſprüchen der Charakter eines Gutachtens mehr hervortritt. Uebrigens ſ. unten S. 156. Note 45.

Daß auch dieſe Urkunden ein beſonderes Atteſt ihrer Aechtheit und der Glaubwürdigkeit ihrer Ausſteller haben müſſen, wie deſſen in Anſehung der Geſetzestexte erwähnt wurde, braucht wohl kaum noch bemerkt zu werden.

III. Die Beweisführung durch einen zu deferirenden Eid hat man nicht für zuläſſig halten wollen, und in dieſer Beziehung angeführt, „daß ein anderer Beweis, welcher weit mehr den Richter ſichere und ihm den Text des fremden Rechts „rein vorlege, möglich ſei, und es Grundſatz ſein müſſe, dem „Richter den beſten möglichen Beweis vorzulegen“[38]). Dieſe Gründe ſind bereits oben S. 140 ad 1 und S. 143 ad 4 widerlegt worden, und es dürfte überflüſſig ſein, darauf zurückzukommen. Es iſt dagegen erforderlich, diejenigen Momente auseinanderzuſetzen, aus denen ſich die Zuläſſigkeit der Eidesdelation über ein fremdes Geſetz ableiten läßt.

Da die Entſtehung eines ſolchen Geſetzes eine Thatſache iſt, und die Geſetze regelmäßig den Eid über alle facta zuzuſchieben erlauben, wo nicht von denſelben beſondere Ausnahmen gemacht werden, oder die Natur der Sache ſolche zu machen gebietet, ſo frägt ſich nur, ob dergleichen Ausnahmen hier anzunehmen ſind. Dafür wird ſich kein Geſetz und ebenſowenig eine in der Natur der Sache begründete Nothwendigkeit anführen laſſen, denn es handelt ſich um ein Factum, deſſen Exiſtenz regelmäßig mit Beſtimmtheit aus ſinnlich wahrzunehmenden Zeichen erkannt werden kann, ja! von denen, die es angeht, erkannt werden muß. Dabei muß freilich zugegeben werden, daß der Delat unter Umſtänden in die Lage kommen kann, einen mißlichen Eid zu ſchwören; aber er darf ja nur, um ſich aus derſelben zu befreien, den Eid zurückſchieben oder ſein Gewiſſen mit Beweis

37) Sie ſind nämlich vermöge ihres Amts angewieſen, zu allen Zeiten den Inhalt des geſetzlichen Rechts zu erforſchen, ſeine richtige Anwendung ſich angelegen ſein zu laſſen; ihre Kenntniß hat das öffentliche Zeugniß der Glaubwürdigkeit.

38) Conf. Bd. 18. S. 80 des Archivs.

vertreten (was hier am Ende nicht so schwer sein wird), hier hängt die Sache in gleicher Weise von seiner Entschließung ab, und es kommt alles gerade ebenso auf sein Gewissen an, als wenn sonst Jemand über eine Thatsache einen Eid schwören soll, den er anscheinend mit gutem Gewissen nicht wohl schwören kann. (Conf. Schneider, Lehre vom Beweise S. 524 unten).

Wenn man jeden Dritten zu eidlicher Aussage über ein fremdes Gesetz verpflichtet halten darf und soll, sobald er als Zeuge und resp. Sachverständiger in Vorschlag gebracht ist, um wie viel mehr muß Derjenige über ein fremdes Gesetz zu schwören berechtigt und verpflichtet gehalten werden, dessen Intention durch Ermittelung der Existenz oder Nichtexistenz des fremden Gesetzes bedingt ist!

Bewährte Juristen, wie Bayer und Gensler halten den Delaten sogar für einen Zeugen in eigener Sache[39]; nach ihnen ist nicht der Eid, sondern die durch den Eid erhärtete Thatsache der Beweisgrund, zu deren Beweis sich der Deferent in der Person seines Gegners selbst einen Zeugen ernennt. Sind nun zwar die über das Vorhandensein des fremden Gesetzes deponirenden Personen nicht bloß Zeugen, so hindert doch nichts, den Delaten als Zeugen in eigener Sache im Sinne jener Rechtslehrer anzusehen, er erscheint hier zugleich als „sachkundiger Zeuge", auf den man den von Seuffert (Archiv, Bd. 3. Nr. 213) mitgetheilten Ausspruch des Ober-Appell.-Gerichts in Cassel anwenden kann, wonach die Aussage „des Zeugen, welcher aus ihm „bekannten Thatsachen eine Schlußfolgerung zieht, zu welcher die „Urtheilskraft eines gewöhnlichen Menschen ausreicht, obschon „ein Urtheil enthaltend, noch nicht als formell unschlüssig „erscheint".

Der Eid des Deferenten muß de veritate zugeschoben und auch so geleistet werden. Denn es handelt sich zwar um ein sog. factum alienum, aber um ein solches, von dem der Delat Kunde haben kann und muß. Daß letztere schwerer zu erlangen ist, als wo es sich um einheimische Rechte oder gewöhnliche Thatsachen

39) Conf. Bayer, Civilproceß, Aufl. 7. S. 516. — Gensler im ersten Bande des Archivs S. 52.

handelt, ändert in der Sache nichts. Denn für den zur Entſcheidung vorliegenden Fall tritt fremdes Recht an die Stelle des einheimiſchen, und zwar aus Gründen, die in dem zur Entſcheidung vorliegenden Rechtsverhältniſſe liegen, ſo daß die Parteien zeitig ſich um jenes fremde Recht zu bekümmern haben.

Alles nun, was von dem juramentum voluntarium geſagt wurde, paßt auch auf den nothwendigen Eid, und es muß danach die Frage, ob bei unvollſtändigem Beweiſe eines fremden Geſetzes auf ein Suppertorium oder Purgatorium erkannt werden darf, bejahet werden.

Für den Beweis eines fremden Gewohnheitsrechts treten im Allgemeinen dieſelben Regeln ein, welche für den Beweis einheimiſcher Gewohnheiten gelten. Wenn der Richter über das Beweisreſultat ſein Urtheil abgeben will, und ſich dabei die Frage vorlegt, ob nach dem, was ermittelt worden, anzunehmen ſtehe, daß die Bedingungen vorhanden ſind, unter denen allein ein Gewohnheitsrecht juriſtiſch möglich; ſo hat er in dieſer Beziehung ſich an die im Inlande darüber angenommenen Grundſätze zu halten, ſo lange er nicht darüber vergewiſſert iſt, daß hierunter im Auslande etwas Anderes gilt. Die Partei alſo, welche dergleichen behauptet, muß ihre Beweis- (reſp. Gegenbeweis-) Antretung darauf richten.

In Anſehung der zuläſſigen Beweismittel mag nur auf einiges verwieſen werden, was vorzugsweiſe in's Auge zu faſſen iſt:

I. Auf die Depoſitionen der abgehörten ſog. „Gewohnheitsrechtskundigen" (wie ſie von Puchta genannt werden) wird begreiflich nur dann Gewicht gelegt werden können, wenn die Deponenten ſich wirklich unter den Bewohnern desjenigen Landes aufgehalten haben, oder noch gegenwärtig leben, deſſen Gewohnheitsrecht einberichtet wird, da man beim Beweiſe des Gewohnheitsrechts überhaupt verlangt, daß der darüber Deponirende ſeiner ganzen Stellung nach Gelegenheit gehabt hat, ſich mit den Gebräuchen eines größern oder kleinern Kreiſes[40])

40) In Anſehung zu beweiſender Handelsgewohnheiten, die keine rein localen ſind, dürfte eine Modification eintreten. Dieſe Uſancen können durch

bekannt zu machen. Wie lange die Dauer des Aufenthalts im Auslande zu berechnen ſei, darüber läßt ſich etwas Beſtimmtes nicht ſagen. Es verhält ſich hiermit, wie mit der Dauer einer Gewohnheit ſelbſt, und mag in dieſer Beziehung nur daran erinnert werden, daß nach der jetzt allgemein als richtig angenommenen Meinung Puchta's und ſeiner Anhänger[41]) weiter nichts unter dem ſog. „Erforderniſſe der diuturnitas“ zu verſtehen iſt als ein conſtanter Zuſtand, eine Stabilität der Handlungsweiſe der Menſchen, worauf um deßwegen Gewicht zu legen iſt, damit verhütet werde, „daß das Individuelle, Zufällige, Vorübergehende durch den täuſchenden Schein, den es annehmen kann, fälſchlich als Kennzeichen einer zum Grund liegenden gemeinſamen Rechtsüberzeugung angeſehen werde“. Dieſes wird für den Beweis ausländiſcher Gewohnheitsrechte von großer Bedeutung. Denn es werden ſich nicht häufig Perſonen finden laſſen, die ſehr lange Zeit ſich im Auslande aufgehalten haben, und der Beweis durch Depoſition Gewohnheitsrechtskundiger würde meiſtens unmöglich werden, wenn man mit den ältern Juriſten unter der ſog. diuturnitas ſich eine ſehr lange Zeit denken wollte, oder an eine praescriptio definita dächte[42]). Bei Feſthaltung ſolcher Anſichten käme man ferner dahin, daß man ein Gewohnheitsrecht neu entſtandener Nationen überall vor dem Ablaufe der dreißig- oder gar der unvordenklichen Verjährung nicht annehmen dürfte, und doch wird Niemand leugnen können, daß ſolche Nationen, bevor ſie ſich nicht einer Geſetzgebung erfreuen, in der That gar kein anderes Recht als das ſog. Gewohnheitsrecht anwenden. (Conf. Puchta, Gew.-Recht. I. S. 9.

ſchriftliche Correſpondenz auch vollkommen den außerhalb des betr. Orts wohnenden Kaufleuten bekannt werden. Vergl. das Urtheil des O.-A.-G. zu Caſſel in Heuſers Annalen, 1854. Nr. 6. S. 228.

41) Conf. Puchta, Gewohnheitsrecht II S. 93 ff. — v. Savigny, Syſtem I. S. 173.

42) Allerdings kann auch ein desfallſiger Beweis nöthig werden, ſobald in einem fremden Lande eine beſtimmte Zeit der Dauer einer Gewohnheit vorgeſchrieben iſt (z. B. in Sachſen). Dergleichen widerſtreitet aber dem gemeinen Rechte, der Richter wird ſich alſo darum nicht kümmern, bevor die ſolches behauptende Partei es nachweiſet.

II. Zu den Urkunden, durch welche ein fremdes Gewohnheitsrecht bewieſen werden kann, müſſen gerechnet werden: Privataufzeichnungen, Vertragsinſtrumente, richterliche Urtheile, Atteſte fremder Behörden und die ſog. Pareres. In Anſehung ihrer aller iſt auf dasjenige zu verweiſen, was darüber für den Beweis einer inländiſchen Gewohnheit gilt, nur einige Beſonderheiten mögen in Betreff fremder hervorgehoben werden:

1. Wenn Puchta und Andere einer Privataufzeichnung gleiche Beweiskraft beilegen wie den Depoſitionen beeidigter Kundiger, ſo muß dieſe Anſicht, in ihrer Allgemeinheit hingeſtellt, beſtritten werden, denn der dafür angeführte Grund, daß jene Aufzeichnung nicht für einen beſtimmten Fall geſchehen und deßhalb aller Verdacht der Parteilichkeit des Verfaſſers beſeitigt ſei, kann unter Umſtänden als völlig unrichtig ſich herausſtellen. Man bedenke nur den Fall, daß irgend ein bedeutender Juriſt von einer Partei, der ein Prozeß bevorſteht, gewonnen wird, etwas in ſeiner Privataufzeichnung als ausgemachten Rechtens zu bezeichnen, was nichts weniger als dieſes, vielleicht gar das Gegentheil iſt. Es kommt ſtets bei der Privataufzeichnung die Perſönlichkeit des Verfaſſers derſelben, ſeine Fähigkeiten, Stellung, Ruf u. ſ. w. in Betracht. Es kann aber bei einem im Auslande wohnhaften Verfaſſer alles dieſes nicht ſo leicht ermittelt werden als in Anſehung eines Inländers, und dazu kommt, daß der Richter bei Feſtſtellung des ausländiſchen Gewohnheitsrechts Erkundigungen über des Verfaſſers Perſönlichkeit ex officio nicht, wie bei Erforſchung einheimiſcher Gewohnheiten, anſtellen darf. Hieraus ergibt ſich, wie wenig die Privataufzeichnungen für den Beweis fremder Gewohnheiten beitragen, ausgenommen, wenn ſie ſehr alte ſind, indem hier das hohe Alter gerade den Verdacht der Parteilichkeit beſeitigt.

2. Durch richterliche Urtheile wird ein Gewohnheitsrecht überall nur dann bewieſen, wenn ſie mit gehörigen Gründen unterſtützt ſind. Auf andere Weiſe kann der Richter weder die Ueberzeugung gewinnen, daß das Urtheil mit Ueberlegung und unter Berückſichtigung aller in Betracht zu ziehenden Momente abgegeben iſt, noch kann der Product zeigen, daß aus dem Urtheile für den vorliegenden Fall nichts hergeleitet werden kann,

welches gegenbeweislich darzulegen er doch ein unbestreitbares Recht hat. Sollte es nun auch in einem fremden Lande nicht gebräuchlich sein, die Entscheidungsgründe der Urtheile anzugeben, so folgt daraus doch keineswegs, daß die Urtheile in diesem Falle zu beweisenden Urkunden werden, gegentheils geht daraus nur hervor, daß der Producent sich nach andern Beweismitteln umsehen muß.

3. Ein obrigkeitliches Attest ist bald als Zeugniß, bald als ein Gutachten anzusehen, jenachdem es Fälle der Uebung eines Gewohnheitsrechts, überhaupt factische Gründe berichtet, oder einen Ausspruch darüber enthält, ob etwas für ein Gewohnheitsrecht zu halten sei. Da nach unserm heutigen Prozeßrechte stets Zeugnisse sowohl als Gutachten mit Gründen unterstützt sein müssen, so folgt daraus, daß ein Attest, welches deren keine enthält, auch keinen Werth hat[43]), sollte auch in dem Lande, in welchem die attestirende Obrigkeit ihren Sitz hat, es nicht üblich sein, den Attesten Gründe beizufügen, denn der Richter muß in Ansehung der prozessualischen Regeln stets sich nach den Gesetzen seines Landes richten[44]).

Ebenso werthlos sind die Atteste, welche sich auf die Versicherung beschränken, daß das fragliche Gewohnheitsrecht notorisch sei. Denn da ein Gewohnheitsrecht überall nicht anders gedacht werden kann als ein notorisches, so heißt es nur eben dessen Vorhandensein versichern, wenn man behauptet, es sei notorisch.

---

43) Wenn Leyser (med. 9. spec. 9.) mit Berufung auf cap. h. X. 1. 9. den unmotivirten Attesten halbe Beweiskraft beilegt, so ist das ebenso unrichtig, als wenn man gemeint hat, solche Atteste seien wenigstens dann nicht ohne allen Werth, wenn sich der Richter vollkommen überzeugt hatte, daß der Ausstellung des Attestes eine gehörige Erwägung aller dabei in Betracht zu ziehenden Umstände vorhergegangen sei, und der Richter Ursache habe, den Kenntnissen des Ausstellers zu trauen. Denn die citirte Stelle des canonischen Rechts redet nicht von Attesten, sondern von Urtheilen, und diese pflegten die geistlichen Gerichte nicht ohne Gründe abzugeben (R. Brinkmann, die richterlichen Entscheidungsgründe S. 34—38); andererseits ist wohl zu bedenken, daß die Ansicht des Richters von der Fähigkeit und Umsichtigkeit des Ausstellers als eine persönliche für völlig irrelevant gehalten werden muß.

44) Conf. v. Savigny, System VIII. S. 131.

(Conf. v. Savigny, Syſtem Band 1. Seite 182. — L. 36. D. 1. 3.)

Uebrigens unterſcheiden ſich rückſichtlich ihrer Autorität die Atteſte der Gerichte und die von andern öffentlichen Behörden ausgeſtellten nicht. Denn Dasjenige was die Ueberzeugung des inländiſchen Richters von dem Beſtehen des atteſtirten Rechts hervorbringen ſoll, ſind ja die Gründe; hat alſo die atteſtirende Behörde dieſe nur deutlich detaillirt und zutreffend angegeben, hat ſie überhaupt nur öffentlichen Glauben, und beſchränkt ſie ihre Verſicherung nur auf Dinge, die in ihren Geſchäftskreis gehören, ſo werden die von dieſer nicht richterlichen Behörde ausgefertigten Atteſte der einheimiſchen Richter ebenſogut überzeugen als die von einer mit richterlicher Gewalt verſehenen Behörde ausgeſtellten. Man hat dagegen eingewandt, daß der im Atteſte eines Richters enthaltene Ausſpruch aus einer unter gegenſeitigem Widerſpruch und gleichſam unter Controle der Parteien angeſtellten Unterſuchung hervorgegangen ſei, daher das richterliche Atteſt von den ſonſtigen Behörden, denen zu derartigen Unterſuchungen die Gelegenheit fehle, vorzuziehen ſei. Dabei hat man aber überſehen, daß nicht immer der atteſtirende Richter ſeine Wiſſenſchaft aus einem contradictoriſchen Verfahren ſchöpft, und daß auch nicht richterliche Behörden Gelegenheit haben können, ein Gewohnheitsrecht in einem unter Mitwirkung und Controle der Intereſſanten ſtattgehabten Verfahren kennen zu lernen[45]).

---

45) Alle öffentlichen Behörden, namentlich die richterlichen haben bei Ausübung ihrer Amtsthätigkeit, mag auch dieſe nur vermittelnd auf die Angelegenheiten des Publikums wirken, eine vorzügliche Gelegenheit, die Gewohnheitsrechte zu erkunden. Dieſe vermehrt ſich dadurch, daß ihnen die Akten der Regiſtratur oft über eine lange Reihe vergangener Jahre Aufſchluß geben. Wenn nun ein Atteſt bloß verſichert, daß nach einer gewiſſen Norm ſtets verfahren ſei, ſo iſt daſſelbe nicht ohne Werth. Es erſcheint als ein Zeugniß i. e. S. und zugleich als eine Art von Gutachten, denn die atteſtirende Behörde erklärt gewiſſermaßen die bezeugte Norm für ein Recht, da man nicht danach verfahren ſein würde, wenn man ſich von einer desfallſigen Rechtsnothwendigkeit nicht überzeugt gehalten hätte, auch die ausſtellende Behörde, wenn ſie das Gegentheil annähme, dieſes nicht würde verſchwiegen haben. Wenn der Ausſpruch eines des Gewohnheitsrechts kundigen Privat-

Man wird aber fragen können, ob eine ausländiſche Behörde überhaupt verpflichtet ſei, einer Partei zum Zweck des Beweiſes ein Atteſt über ein Gewohnheitsrecht auszuſtellen?

In Anſehung des inländiſchen Gewohnheitsrechts nehmen die Praktiker meiſtens eine Verpflichtung der Behörden an. (Conf. Claproth, freiwillige Gerichtsbarkeit §. 96. 97.) Die Ausſtellung ſolcher Atteſte bringt nun aber jedesmal eine gewiſſe Verantwortlichkeit für den Verfaſſer mit ſich, und deßhalb dürfte man ſtreng genommen annehmen müſſen, daß der auswärtige Richter den Anträgen ſolcher Perſonen nicht zu willfahren brauche, welche ihm als Ausländer gegenüberſtehen, deren Angelegenheiten ihn alſo nicht kümmern, es ſei denn, daß beſondere Staatsverträge etwas Anderes beſtimmten.

Dagegen aber darf nicht überſehen werden, daß heutzutage faſt alle civiliſirten Staaten, ja ſelbſt ſolche, die man als barbariſche anzuſehen pflegt, ſich dem Principe einer für In- und Ausländer geltenden Rechtsgleichheit zuwenden[46]), und die Durchführung deſſelben auch allen Behörden die Verpflichtung zur Ausſtellung von Atteſten, um welche von Ausländern gebeten wird, nothwendig mit ſich führt.

4. Daß Vertragsurkunden beſonders geeignet ſeien, Gewohnheitsrecht dadurch nachzuweiſen, iſt zu allen Zeiten von den Theoretikern und Praktikern immer mehr anerkannt worden. (Conf. Puchta, Gew.-Recht II. S. 35. Boehmer, consult. et decis. Vol. 2. Q. 1. 68. Nr. 28. — Schorch, consil. Erford. Resp. 157. Nr. 13. 14. — Becmann, consil. resp. 45. Nr. 11. Ein anſchauliches Beiſpiel findet ſich in dem von Seuffert (Archiv Bd. 4. S. 94) mitgetheilten Erkennt-

---

manns ſchon nicht allen Werths entbehrt, welcher nur durch die Verſicherung bekräftigt wird, von verſchiedenen Leuten zu verſchiedenen Zeiten vernommen zu haben, daß dies oder jenes Rechtens, oder daß es ſtets ſo gehalten ſei, ſo muß ein Atteſt der Behörde, welches im gedachten Sinne redet, gewiß noch mehr Werth haben. Man vergl. darüber des Verf. Abhandlung über die Erforſchung von Gewohnheitsrechten a. E. und Brinckmann, Beweis des Gewohnh.-Rechts Abth. I. S. 58.

46) Conf. Walter, deutſch. Priv.-Recht §. 41. — v. Savigny l. c. VIII. S. 2ff.

nisse des Ob.-App.-Ger. zu Lübeck. Das fremde Recht wird aber zum größten Theile aus solchen Urkunden hergeleitet werden müssen, wo es sich um Staaten handelt, die erst neu entstanden und deßhalb noch nicht im Besitze einer genügenden Gesetzgebung sind.

In Ansehung dieser Urkunden, auch wenn sie öffentliche sind, muß indeß noch bemerkt werden, was nicht minder von den Urtheilen und Attesten der ausländischen Behörden gilt, daß an deren Aechtheit und der Competenz der bei ihrer Errichtung concurrirt habenden Behörden kein Zweifel sein darf, in welcher Hinsicht auf das oben von den vorzulegenden Gesetzestexten Gesagte verwiesen werden darf.

5. Die von den Kaufleuten über Handelsusancen abgegebenen, unter dem Namen „Pareres" vorkommenden Aussprüche können zwar ebensowohl mündlich als schriftlich abgegeben werden, da es aber häufig weit weniger kostspielig wird, wenn über Usancen fern gelegener Orte schriftliche Aussprüche erfolgen, häufig sich die Sistirung ferne wohnender Kaufleute vor dem inländischen Richter nicht leicht ausführen läßt, so wird der Gebrauch schriftlich verzeichneter Pareres der beim Beweise fremden Handelsrechts gewöhnliche sein, weil hier bei Gelegenheit des Urkundenbeweises davon gehandelt wird.

Diese Urkunden müssen die Aussagen nur solcher Personen enthalten, die dem Handelsstande als Kaufleute oder deren Gehülfen[47]) angehören. Denn da das kaufmännische Gewohnheitsrecht meistens nur Personen der gedachten Art interessirt und nur diese Gelegenheit haben es kennen zu lernen, so sieht man mit Recht nur sie als die wahrhaft Kundigen an; handelt es sich um ein locales Recht, so muß man verlangen, daß die bekundenden Personen dem Handelsstande des in Frage stehenden Platzes angehören oder angehört haben[48]).

Vorausgesetzt, daß die Kundigen ihre Aussprüche eidlich bekräftigt und, wie es die heuttgen Prozeßregeln von den Sachver-

47) Dahin gehören z. B. Schiffer, Makler, Frachtfahrer und Assecuradeurs ꝛc. Conf. Thöl, Handelsrecht I. S. 16.

48) Vergl. das von Seuffert Bd. I. S. 345 mitgetheilte Erkenntniß des O.-A.-G. zu Cassel.

ständigen fordern, gehörig begründet haben, auch die bei der Constatirung der Aussprüche durch die Schrift concurrirenden öffentlichen Personen als solche erscheinen, an deren Competenz kein Zweifel ist, haben die Pareres ein bedeutenderes Ansehen als gewöhnliche sonstige Aussprüche der des Gewohnheitsrechts Kundigen, da sie von Leuten herrühren, die vermöge eigenen Interesses auf die Erforschung der fraglichen Standesgewohnheiten hingewiesen sind und vermöge ihrer Beschäftigung im bürgerlichen Leben vorzugsweise Gelegenheit dazu haben. Trotzdem läßt sich nicht behaupeen, daß sie dem Richter zur unabänderlichen Basis seiner Entscheidung dienen, vielmehr bleibt die Bestimmung ihres Werthes diesem überlassen, wobei insbesondere zu erwägen sein wird, ob sie von einer größern oder kleinern Anzahl von Verfassern herrühren, wie deren Persönlichkeit, Stellung ꝛc. beschaffen, und wie die Verfasser ihre Aussprüche motivirt haben[49]).

III. Die Frage, ob ein Gewohnheitsrecht durch den Eid, sei es der freiwillige oder nothwendige, zur Gewißheit gebracht werden kann, wird von den Rechtslehrern im Einklang mit der Praxis dahin beantwortet,

1) daß über die Existenz und den Inhalt des Rechts überhaupt nicht geschworen werden darf, weil beides sich nur durch Schlüsse aus Prämissen erkennen läßt, die über den Gesichtskreis gewöhnlicher Menschen hinausgehen[50]),

2) daß dagegen der Eid insofern unbedingt zugelassen werden darf, als dadurch einzelne facta, die als Anhaltspunkte für den über das Vorhandensein des Rechts urtheilenden Richter dienen sollen, bewiesen werden sollen[51]). Es mag indeß nicht unerwähnt bleiben, wie die Sache so liegen muß, daß aus den eidlich zu erhärtenden Prämissen und sonstigem Inhalte der Arten

49) Vergl. v. Martens, Handelsrecht §. 38. — Mittermaier, deutsch. Priv.-Recht §. 25. III. Aufl. 7. — Glück und Geiger, Rechtsfälle tom. 3. Nr. 39.

50) Conf. Thibaut, Pandekten §. 20. — Puchta, Gewohnh.-Recht II. 193. — Gesterding, Nachforschungen l. c. S. 216.

51) Conf. die Schriftsteller in Not. b., auch v. Vangerow, Pandekten §. 17.

ein Schluß auf das Daſein des nachzuweiſenden Rechts ſich ergibt, denn ſonſt wäre der Eid ein unnützer, auf den ſich Niemand braucht einzulaſſen. So wurde auch in dem von Seuffert im 4. Bande sub Nr. 264 mitgetheilten Falle vom Ober-Appell.-Gerichte in Lübeck erkannt.